Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Vierzehnter Band. Drittes Heft.

XIV.

Ueber servitus oneris ferendi.

Von Mühlenbruch.

Bei der Frage: wem die Reparatur der dienenden Sache obliege, wenn ſie zur Ausübung einer Servitut nöthig wird? gehe ich von der Anſicht aus, daß dies eine Verpflichtung des herrſchenden Grundeigenthümers ſey, indem dies ſowohl die conſequentere [1]), als auch die ausdrücklich in unſern Rechtsquellen [2]), ſo wie von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten gebilligte Meinung iſt [3]); wobei freilich nur nicht an eine ab-

1) L. 15. S. 1. D. *de servitutibus* (VIII. 1.): „Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, — — sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.“ — L. 6. §. 2. D. *si servitus vindicetur* (VIII. 5.): — — Gallus putat, non posse servitutem ita imponi, ut quis facere aliquid cogeretur.“

2) L. 6 S. 2. D. *si servitus vindicetur*: — — „in omnibus servitutibus refectionem ad eum pertinere, qui sibi servitutem asserat, non ad eum, cujus res serviat.“ — L. 8. S. 2. in f. eod.

3) Die Schriftſteller äußern ſich über dieſe Frage gewöhnlich erſt bei Erwähnung der servitus oneris ferendi, und, wie

ſolute Verpflichtung gedacht werden darf. Denn wenn der Servitutberechtigte ſein Recht nicht ausüben oder wohl ganz aufgeben will, ſo kann ihn Niemand zur Reparatur zwingen, da er durch die Servitut ſo wenig in einem Obligations-Verhältniſſe zu dem Beſitzer des andern Grundſtücks ſteht, noch Eigenthümer des ihm unterworfenen Theils vom dienenden Grundſtücke iſt. Nur die servitus oneris ferendi macht hiervon eine Ausnahme: der Herr der dienenden Sache muß hier ſein Gebäude in dem Zuſtande erhalten, daß es die Laſt des herrſchenden Gebäudes tragen kann [4]). Auch die römiſchen Juriſten fanden hierin etwas Beſonderes. Dies ergiebt ſich namentlich aus der L. 8. §. 2. D. *si servitus vindicetur* (VIII. 5.), worin Ulpian den Unterſchied beſtimmt, welcher ſich zwiſchen der servitus tigni immittendi und der s. oneris ferendi findet, und am Schluſſe es ausdrücklich hervorhebt, daß bei der erſteren Servitut nichts gegen die Natur aller Servituten-Rechte Streitendes vorkomme: „Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem (d. i. die actio de servitute quae oneris ferendi causa

---

ſie auch bei der Erklärung dieſer Servitut unter einander abweichen mögen, ſo wird doch, mit ſehr wenigen Ausnahmen, von Allen vorausgeſetzt, daß die Reparaturpflichtigkeit des dominus serviens bei der oneris ferendi servitus etwas anomaliſches ſey. Nur einige halten dies nicht für eine Eigenthümlichkeit der gedachten Servitut, ſondern erklären hierin blos die Anwendung einer allgemeinen Regel, wonach derjenige, deſſen Sache eine Servitut zu leiden habe, dem Berechtigten den ungehinderten Gebrauch gewähren müſſe. So: Jo. Tob. Richter Dissert. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato. Lips. 1753. und Phil. Jac. Heisler in der erſten Erörterung der Rechtsfrage: ob in den Dienſtbarkeiten der Herr des dienſtbaren Guts zu repariren ſchuldig ſey? in deſſen juriſt. Abhandl. u. Erörterungen I. Samml. Abh. I. (in der zweiten Abhandlung vertheidigt er die entgegengeſetzte Meinung).

4) L. 33. D. *de servitutibus praediorum urbanorum* (VIII. 2.). L. 6. §. 2. L. 8. pr. u. §. 2. D. *si servitus vindicetur*.

imposita est) locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum [5]; haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat; *quod non est contra genera servitutum.*" Auch iſt bekannt, daß hierüber Streit unter den römiſchen Juriſten ſtatt fand. Aquilius Gallus wollte die confessoria servitutum actio auf Vornahme der Reparatur nicht zulaſſen, weil eine Servituten-Pflichtigkeit nicht in faciendo beſtehen könne; doch erhielt die entgegenſtehende Anſicht des Servius Sulpicius Rufus durch die Praxis den Vorzug. L. 6. §. 2. D. *si servitus vindicetur*: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectionem ad eum pertinere, qui sibi servitutem asserat, non ad eum, cujus res serviat. *Sed praevaluit Servii sententia in proposita*

---

5) Das *meum* wird von Haloander ganz verworfen, und von Ruſſardus als verdächtig bezeichnet. Iſt der Ausdruck ächt, ſo kann man ihn nur mit der Gloſſe ad h. l. ſo erklären: „id est mihi servientem." Freilich iſt dieſer Gebrauch des meum immer ein ſehr uneigentlicher; indeſſen läßt ſich unmöglich daraus ſchließen, daß man die dienende Mauer als Theil des berechtigten Grundſtücks, folglich als Eigenthum des Servitut-Berechtigten betrachtet habe, wie dies von Zachariä in der Lehre des römiſchen Rechts von dinglichen Servituten §. 10. (Hugo's civiliſt. Magazin Bd. II. S. 339.) angenommen wird. Dieſer Anſicht widerſpricht theils die allgemeine Beſtimmung der L. 4. pr. eod. („Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur") — — theils, daß unſere Rechtsquellen den dienenden Grundſtücksbeſitzer als den Herrn der Säule oder der Mauer bezeichnen, worauf des Nachbars Gebäude ruhen darf; z. B. L. 6. §. 2. eod. (— „non ad eum, *cujus res serviat*").

specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda."

Die meiſten Neueren nun ſuchen ſich dieſe Regelwidrigkeit durch eine beſondere Verabredung zwiſchen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zu erklären, in Folge deren der letztere nicht blos die Servitut zu dulden, ſondern auch ſeine Sache in dem Zuſtande zu erhalten habe, wie die gehörige Ausübung des Servituten-Rechts ihn erfordert [6]). Ohne einen ſolchen Vertrag gebe es alſo kein Recht, den Herrn der dienenden Sache zur Reparatur zu zwingen; nur müſſe er freilich ſeines eigenen Vortheils wegen repariren, wolle er anders ſein Gebäude nicht dem Einſturz preis geben [7]). Indeſſen auf das Beſtimmteſte ſagt Ulpian: mit der servitus oneris ferendi ſey das Recht verbunden, durch die confessoria actio die Reparatur von dem Herrn der dienſtpflichtigen Sache zu erzwingen, und grade dadurch unterſcheidet ſich die tigni immittendi servitus von jener Servitut [8]). Unmöglich konnte er ſich ſo äußern, wenn hierbei in der That alles darauf ankam: ob der serviens ſich durch Vertrag verpflichtet habe, oder nicht. Allerdings erwähnen die Quellen einer Verabredung der Parteien in Anſehung dieſer Verbindlichkeit; Paulus ſagt gradezu: da bei der Errichtung der Servitut die Formel gebraucht worden: paries oneri ferun-

---

6) Ulr. Huber Praelectionum juris civilis Lib. VIII. Tit. I. §. 2. Heineccius ad Vinnii Institutiones Lib. II. Tit. III. §. 1. Nr. 3. Glück Pandecten-Commentar Th. 10. §. 661. S. 16 fgg. Höpfners Commentar §. 357. Emminghaus ap Cocceji jus civile controversum Tom. II. Lib. VIII. Tit. I. Not. 2. Günther Princ. jur. rom. S. 627. Nr. 1. Thibaut's Pandecten §. 607. Schweppe das röm. Privat-Recht §. 289. Nr. a. Seuffert Lehrb. des pract. Pandecten-Rechts §. 164.

7) Höpfner a. a. O.

8) L. 6. S. 2. zu Anfang und am Ende. L. 8. pr. u. §. 2. D. *si servitus vindicetur.*

do, uti nunc est, ita sit, — so habe der leidende Grundstücks-Besitzer dafür zu sorgen, daß die Mauer stets im Stande sey, die Dienstbarkeit zu tragen [9]). Allein auch bei andern Servituten wird auf die lex contractus hingewiesen, um darnach den Umfang des Rechts selbst zu bestimmen [10]), ohne daß dies als Beweis einer besonders eigenthümlichen Natur dieser Servituten gelten soll. Indessen auch hiervon abgesehen, kann die Erklärung des besondern Rechts der servitus oneris ferendi durch einen Vertrag unmöglich befriedigen. Denn ist ein solcher Vertrag gegen die gewöhnliche Natur der Servituten überhaupt zulässig, so muß er auch bei andern Servituten vorkommen können; leidet aber nur die servitus oneris ferendi eine solche Modification durch Vertrag, so ist ja wiederum nicht erklärt, warum grade nur hier und nicht auch bei andern Servituten ein Vertrag die Wirkung haben soll, den Herrn des dienenden Grundstücks zum Handeln zu verpflichten. Darum sieht man sich denn auch wohl nach andern Gründen um. Einige berufen sich hier auf eine für den Servitut-Berechtigten in diesem Falle sprechende besondere Billigkeit [11]). Aber worin diese hier eigentlich bestehen solle? darüber erklärt man sich entweder gar nicht, oder auf eine höchst ungenügende Art. Wenn mir Jemand das Recht ertheilt, mich eines gewissen Weges über sein Grundstück zu bedienen, und er läßt den bis dahin vortrefflich erhaltenen Weg verfallen, so daß er ganz unbrauchbar wird, — habe ich dann etwa eine Klage gegen den Besitzer, daß er den Weg wieder in den Stand setze, worin er

9) L. 33. pr. D. *de servitutibus praediorum urbanorum* „— nam cum in lege aedium ita scriptum esset: *paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere."

10) Z. B. L. 23. pr. D. *de servit. praedior. urban.*: „lumina quae nunc sunt, ut ita sint."

11) Z. B. Weber in d. Noten zu Höpfner §. 357. Note 3.

war, als mir das Recht eingeräumt wurde? Keineswegs; nur das kann ich verlangen, daß er mir die Ausbeſſerung geſtatte, — daß er mich darin ſo wenig hindere, als überhaupt an der Ausübung meines Servituten-Rechts [12]). Und doch wüßte ich nicht, ſoll hier einmal ein allgemeines Billigkeits-Princip entſcheiden, warum man nicht auch in dieſem Falle, wie in jedem andern ſollte ſagen können: wer mir ein Recht an ſeiner Sache überläßt, muß dafür ſorgen, daß die Sache in dem Stande verbleibe, um die Servitut zu tragen; denn ſonſt hält er ja ſein Verſprechen nicht [13])!

Andere ſuchen der Sache ſo beizukommen, daß ſie ſagen: eigentlich gehe hier der Zwang oder die Hauptverbindlichkeit gar nicht auf ein Thun, ſondern nur darauf, daß der dienende Herr auf die rechte Art leide —, m. a. W. die Reparaturpflichtigkeit ſey nur eine Folge der Dienſtbarkeit, nicht die Dienſtbarkeit ſelbſt [14]).

Nicht befriedigender iſt die von Goldſchmidt [15]) vertheidigte Anſicht: die servitus oneris ferendi gehöre zu den Servituten, welche ihrer Natur nach den leidenden dominus zu einem Thun verpflichten. Das Grundſtück ſey ſchuldig, in perpetuum auf ſeiner Mauer einen nachbarlichen Bau zu tragen; da aber der Natur der Dinge nach die Wand nicht von ewiger Dauer ſeyn könne, ſo müſſe für deren Ausbeſſerung und Ergänzung geſorgt werden, und zwar, weil dies dem Grundſtücke ſelbſt unmöglich ſey, habe deſſen Beſitzer

---

12) L. 4. §. 5. D. *si servitus vindicetur.* L. 3. §. 11. D. *de itinere actuque privato* (XLIII. 19.).

13) Vgl. Heisler in d. angef. erſten Abhandl. §. 10.

14) Cocceji Jus civile controversum, Lib. VIII. Tit. I. Quaestio XI. Obj. 1. Greg. Majansii ad triginta Jurisconsultorum Fragmenta, Tom. II. pag. 71. Nr. V. Heisler in d. angef. erſten Abhandl. §. 11.

15) Archiv für civiliſt. Praxis Bd. I. Num. XXV. S. 390 fgg.

dieſe Pflicht zu übernehmen. Darum dürfe man denn auch die bei der servitus oneris ferendi geltenden Grundſätze unbedenklich auf andere Servituten ähnlicher phyſiſcher Beſchaffenheit anwenden. Dabei beruft ſich denn Goldſchmidt auf Paulus, welcher in L. 28. D. *de servitutibus praed. urban.* ſage: „*Omnes* servitutes praediorum perpetuas causas habere debent.“ Wie iſt es aber möglich, das beſondere Recht der servitus oneris ferendi auf die nach dem Civil-Rechte für alle Servituten erforderliche perpetuitas causae zu gründen! Dann müßte ja auch das nämliche Recht für alle und jede Servituten gelten, zu deren gehöriger Ausübung es nöthig iſt, daß die Sache in gutem Stande erhalten werde; namentlich für die servitus tigni immittendi und für die verſchiedenen Wege-Gerechtigkeiten. Dies wagt indeſſen Goldſchmidt nicht zu behaupten, da er hiedurch in allzu ſtarke Colliſionen mit den Quellen kommen würde. Dagegen beruft er ſich auf die L. 2. §. 4 u. 6. D. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (XXXIX. 3.): „Wenn, heißt es hier, ein Abzugsgraben verſchlemmt iſt und dadurch eine Stauung und ein Uebertreten des Waſſers veranlaßt wird, welches dem unterhalb liegenden Nachbar Schaden bringt, ſo kann dieſer mit der utilis aquae pluviae arcendae actio auf Reinhaltung des Abzugs-Kanals klagen“ — Allerdings iſt dieſer Fall dem unſrigen in einem gewiſſen Betracht analog, in ſo ferne nämlich der eine Grundſtücks-Beſitzer den andern jure vicinitatis zu einem Handeln zwingen kann. Allein von einem Servituten-Rechte und von Servituten-Klagen iſt hier überall nicht die Rede. Der unterhalb liegende Grundbeſitzer muß ſich den Waſſerabfluß von oben her freilich gefallen laſſen; doch braucht er keine Unbilligkeit zu dulden, und dazu dient ihm die aquae pluviae arcendae actio. Soll hierbei überhaupt eine Vergleichung mit Servituten-Rechten Statt finden, ſo iſt es zunächſt der Kläger, welcher als der Verpflichtete erſcheint, und ſo bezeichnet ihn denn auch

Ulpian [16]). Sofern er aber zur Abwehr des Waſſers auf dem oberhalb liegenden Grundſtück eine Vorrichtung haben darf (gleichviel, ob nach Geſetz und Herkommen, oder ob das geſetzliche Recht durch Verabredung oder Zeitablauf noch erweitert iſt) — wird ihm zwar gleichſam ein Servituten-Recht zugeſchrieben, allein dabei iſt denn auch eben wieder der Geſichtspunkt feſtgehalten: er dürfe den oberhalb liegenden Grundbeſitzer zu keiner Handlung zwingen, ſondern nur zu einem Dulden: „Non ergo cogemus (ſagt Ulpian an der angeführten Stelle) vicinum aggeres munire, *sed nos in ejus agro muniemus, eritque ista quasi servitus.*“ — Ueberhaupt ſchließt die Art, wie die römiſchen Juriſten ſich über das beſondere Recht der servitus oneris ferendi äußern, jede Ausdehnung auf andere Servituten auf das Beſtimmteſte aus.

Am nächſten ſind diejenigen der Wahrheit gekommen, welche annehmen: es ſey üblich geworden, die oneris ferendi servitus durch die Formel: *paries oneri ferundo uti nunc est ita sit* zu conſtituiren, und dieſe Formel habe man dann nicht anders verſtehen können, als daß der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks ſeine Wand oder Säule zum Beſten des herrſchenden im guten Stande erhalten müſſe. Schon Connanus hatte wahrſcheinlich die Anſicht, wenn er ſie gleich nicht klar ausſpricht [17]). Beſtimmter äußert ſie Chr. Thomaſius [18]) und nach ihm Heisler [19]). In-

16) L. 1. §. 23. D. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (— „semper inferiorem superiori servire“).

17) Commentariorum juris civilis Lib. IV. Cap. VII. Nr. 10. ed. Neapolit Tom I. pag. 245. — Aehnlich äußern ſich Hoffacker Princ. jur. civ. Rom. Germanici, Tom. II. S. 1087. Nota 6. Warnkönig Commentar. jur. rom. privati, Tom. I. Lib. II. S. 296. Haimberger jus rom. privatum, Tom. II. §. 275.

18) Dissert. de servitute stillicidii (in den Dissertationes, Lipsienses Nr. XV.) §. 59.

19) In der zweiten Abhandl. über die Frage: wer in den Ser-

deſſen ſo wichtig auch die Kenntniß und Berückſichtigung der Geſchäfts-Formeln bei der Erklärung des römiſchen Rechts iſt, ſo hat doch eine darauf gebauete Auslegung für den Verſtand allemal etwas höchſt unbefriedigendes, ſobald nicht auch der Grund wenigſtens mit Wahrſcheinlichkeit nachgewieſen werden kann, worauf die Formel beruht, und ſchwerlich fehlt es in irgend einem Falle an einem zureichenden Grunde, da die Formeln ein Erzeugniß der Praxis und nicht der Willkühr waren; eine ſolche Nachweiſung ſucht man aber bei den genannten Schriftſtellern vergeblich.

Ganz eigenthümlich ſind die Erklärungen von Zachariä [20] und von Konopack [21]. Nach dem erſteren Schriftſteller wird die dienſtbare Mauer ein Theil des berechtigten Grundſtücks, mithin iſt die Verbindlichkeit des Andern, dieſe Mauer zu erhalten, keine Verbindlichkeit, die er dem Berechtigten, ſondern die er ſich ſelbſt ſchuldig iſt, um ſein Eigenthum an der Mauer, ungeachtet der Servitut, ferner zu behaupten. — Zuvörderſt vermißt man bei dieſer Erklärung allen logiſchen Zuſammenhang; denn was Theil des einen Hauſes iſt, hat aufgehört, Theil des andern zu ſeyn, folglich kann von Handlungen, welche die Erhaltung des Eigenthums für den dienenden Grundbeſitzer zum Zweck haben, unter jener Voraus-

---

vituten zu repariren ſchuldig ſey (Ite Samml. Nr. 2.), §. 15. fg. — Auch Glück äußert an einer Stelle ſeines Commentars, daß der wahre Grund in der beſondern Art gelegen habe, wie die servitus oneris ferendi conſtituirt worden ſey (Bd. X. S. 22); indeſſen ſieht man bald, daß er hierin keine beſtimmte Conſtitutions-Form der servitus oneris ferendi erblickte, ſondern eigentlich nur ſagen wollte: wenn die Formel gebraucht iſt, ſo hat dadurch der dominus serviens die Reparaturpflichtigkeit auf ſich genommen.

20) In Hugo's civiliſt. Magazin Bd. II. Num. XV.) §. 10. S. 339 fg.

21) Progr. de duobus fragmentis ad servitutem oneris ferendi spectantibus. Jenae 1822.

ſetzung gar nicht die Rede ſeyn. Ueberdies iſt es ja juriſtiſch ganz unmöglich, ein Klagerecht darauf zu gründen, daß Beklagter ſchuldig ſey, ſich ſein Eigenthum zu erhalten. Dieſer Grund kann alſo immer nicht erklären, worauf es hier doch grade ankommt: weßhalb ein Zwangsrecht auf Vornahme der Reparatur ſtatt gefunden habe; daß es ſonſt noch allerlei Veranlaſſungen geben könne, freiwillig die Reparatur vorzunehmen, um nichts von dem Seinigen einzubüßen, bedarf kaum der Erwähnung, und kann am wenigſten hier zur Erklärung dienen [22]). — Nach Konopack's Meinung ſoll aber das beſondere Recht dieſer Servitut darin ſeinen Grund haben, daß, während die Mauer unfähig iſt, die Laſt des herrſchenden Gebäudes zu tragen, die Servitut eigentlich gar nicht exiſtire, der Herr der dienenden Mauer alſo durch Vornahme der Reparatur gar keine Servituten-Pflicht ausübe, ſondern lediglich für ſeine Sache Sorge trage. Indeſſen ſind wir auch hiedurch um keinen Schritt weiter gekommen, und es mag genügen, ſtatt alles Uebrigen, dieſer Hypotheſe entgegen zu ſetzen, daß ja der Herr der dienenden Sache mittelſt der zum Schutze des Servituten-Rechts eingeführten Klage zur Reparatur genöthigt werden könne.

Bei dieſer großen Verſchiedenheit und — man darf dies wohl ſagen — Unhaltbarkeit der Erklärungs-Verſuche kann es nicht befremden, wenn Manche ſich gar nicht einmal die Mühe geben, das Räthſel zu löſen, ſondern die Sache durch den Ausſpruch für abgethan halten: daß das beſondere Recht der servitus oneris ferendi auf einer ſtarken Anomalie beruhe. So heißt es in der neueſten Schrift, welche dieſen Gegenſtand berührt: für die nahe verwandte servitus tigni

22) Schwerlich würde Zachariä auf ſeine Erklärung gekommen ſeyn, wenn nicht Ulpian in der L. 8. §. 2. D. *si servitus vindicetur* den Ausdruck *paries meus* in Beziehung auf den Servitut-Berechtigten gebrauchte. S. jedoch hierüber oben die Note 5.

immittendi habe die Billigkeit offenbar dieſelbe Ausnahme erfordert; daraus, daß man ſie hierauf nicht angewandt, und dann auch, daß man dem Berechtigten die Pflicht auferlegt, während der Reparatur ſein eigenes Gebäude zu ſtützen oder es weg zu nehmen, gehe mit Beſtimmtheit hervor, „wie ſehr ſich das juriſtiſche Gefühl der Römer gegen dieſe Ausnahme geſträubt habe“ [23]). Das möchte ſich hören laſſen, wäre das beſondere Recht der servitus oneris ferendi durch einen Machtſpruch von oben herab begründet. Aber hier iſt ja Regel und Ausnahme durch die Jurisprudenz geſchaffen [24]); daß daher auf dieſem Wege eine Singularität hätte aufkommen können, gegen die das juriſtiſche Gefühl der Römer ſich empörte, läßt ſich wohl ſchwerlich annehmen [25]).

Meine eigene Meinung nun geht dahin: daß ſich alles ziemlich einfach erklärt, wenn man dies beſondere Recht der servitus oneris ferendi, der Hauptſache nach, für eine Anwendung des bekannten Nachbar-Rechts hält, wonach der Eigenthümer einer baufälligen Sache entweder repariren, oder dem klagenden Nachbar wegen des damnum infectum Caution beſtellen muß, — wobei ſich freilich die Anomalie findet, daß hier aus der lex servitutis auf Vornahme der Reparatur geklagt werden kann.

Dieſe Anſicht trug ich ſchon in meinen erſten Inſtitutionen-Vorleſungen vor nunmehr 23 Jahren vor. Doch war ſie damals wohl nicht viel mehr, wie ein bloßer Einfall, und ich erinnere mich nicht, daß ich ſchon irgend einen Verſuch, ſie tiefer zu begründen, gemacht hätte, als ich ſie etwa ſechs

---

23) Guyet Abhandlungen aus d. Civil-Recht, 1ſte Abhandl. S. 12 fg.

24) L. 6. §. 2. D. *si servitus vindicetur.* — Vgl. Schrader civiliſt. Abhandlungen Bd. II. Nr. V. §. 1.

25) Uebrigens ſcheint auch ſelbſt Schrader (a. a. O. S. 282 — 284) das beſondere Recht der servitus oneris ferendi für ein inconſequentes Erzeugniß ſpäterer Jurisprudenz zu halten.

Jahre ſpäter dem verſtorbenen Stever, während er an ſeiner Schrift de servitutibus praediorum [26]) arbeitete, geſprächsweiſe mittheilte. Stever ſchreibt mir in der Dedications-Epiſtel mehr Antheil an ſeiner Schrift zu, als ich mit gutem Gewiſſen zugeben kann. Auch dieſe Hypotheſe will ich jetzt nicht etwa vindiciren; denn wenn gleich der Beweis nicht grade ein probatio diabolica für mich ſeyn würde, ſo hat jedenfalls Stever ſeine Meinung ſo durchaus ſelbſtſtändig begründet, daß ich mir daran keinen Antheil beilegen darf [27]). Die vielerlei Mängel der Steverſchen Schrift und der darinn vorherrſchende, mehr als anmaßende Ton haben es wohl hauptſächlich bewirkt, daß manches Gute, was ſich in ihr findet, unbeachtet geblieben iſt. Auch die Entwickelung ſeiner Ideen über servitus oneris ferendi hat man entweder ganz überſehen, oder ſtillſchweigend verworfen, und meine Doctrina Pandectarum iſt, ſoviel ich weiß, die einzige Schrift, welche davon eigentlich Notiz genommen hat. Darum ſchon wird es hoffentlich Entſchuldigung finden, wenn hier wieder auf eine Meinung aufmerkſam gemacht wird, die, wie hoch man auch anſchlagen mag, was über unſern Gegenſtand ſonſt geäußert iſt, gewiß in keinem Falle verdient, wegwerfend behandelt zu werden. Daß übrigens ſich in dem Folgenden nicht etwa eine bloße Relation der Steverſchen Ausführung findet, wird ſich aus einer Vergleichung mit derſelben leicht ergeben.

Das jedem Nachbar in Anſehung des damnum infectum zuſtehende Recht kann begreiflich auch dem nicht entzogen ſeyn, welcher eine Servitut an der Sache ſeines Nachbars hat. Unzweifelhaft kann daher auch der zur servitus tigni immittendi Berechtigte auf Vornahme der Reparatur oder Cau-

---

26) De servitutibus praediorum auctore Henr. C. Stevero Pars prior Rostochii 1817. — Eine pars posterior iſt nie erſchienen.

27) Stever l. c. Cap. III. §. 12. fg.

tionsbeſtellung klagen, wenn die dienende Mauer den Einſturz droht [28]). Nur daß er ſeine Servitut nicht ausüben könne, kann hier der Klagegrund nicht ſeyn, und eben ſo wenig darf er mit der Servituten-Klage auf die Ausbeſſerung beſtehen, da das Servituten-Recht ihm keine Befugniß giebt, von dem Nachbar irgend eine poſitive Handlung zu fordern. Möglich, daß er ſein Servituten-Recht nicht ausüben kann, weil der Nachbar ſich weigert, zu bauen, und daß auch die ihm deshalb zuſtehenden indirecten Zwangsmittel unwirkſam bleiben. Er entbehrt dann zwar einige Vortheile und Annehmlichkeiten, welche ihm wichtig genug ſeyn mögen; aber die Exiſtenz ſeines eigenen Gebäudes iſt weſentlich nicht gefährdet, da (dies müſſen wir ja bei der servitus tigni immittendi allemal annehmen) es mit ſeiner Laſt nicht auf des Nachbars Wand ruht. Und wenn ja durch ein Zuſammenwirken zufälliger Umſtände der Einſturz des Nachbar-Gebäudes auch den Untergang drohete, — mit ſeiner Servitut hängt dies immer nicht zuſammen; der Zuſtand der Mauer kann ſo ſchadhaft ſeyn, daß die Ausübung des Servituten-Rechts dadurch behindert wird, ohne daß ſie deshalb grade den Einſturz drohet, und umgekehrt, — an der Mauer kann eine Haupt-Reparatur nöthig ſeyn, ohne daß dadurch der Gebrauch der Servitut abſolut behindert iſt, d. h. man kann nie ſagen: der Einſturz müſſe nothwendig erfolgen, weil in die Mauer fremde Balken eingelaſſen ſeyen. Was endlich in einer ſolchen Lage der Nachbar auch thun muß, um ſich ſein Eigenthum zu ſichern, nie iſt er in die Alternative geſetzt, entweder ſein Recht aufzugeben, oder auf des Nachbars Grund und Boden zu bauen. — Wie ganz anders verhält ſich da-

28) Ich nehme, der mehrern Anſchaulichkeit der Begriffe halber, den Ausdruck servitus tigni immittendi hier in ſeiner gewöhnlichen Bedeutung, nämlich für das Recht, in des Nachbars Wand Balken oder auch ein Stück Mauer einzulaſſen. Die ſonſtigen Beiſpiele von servitus tigni immittendi kommen für unſern Zweck gar nicht in Betracht.

gegen die Sache bei der servitus oneris ferendi. Iſt die Laſt des berechtigten Gebäudes zu ſchwer für die dienende Mauer, ſo muß dieſe nothwendig einſtürzen; ſie iſt ſchon dadurch baufällig, weil ſie das fremde Gebäude nicht länger zu tragen im Stande iſt, und wenn ſie einſtürzt, muß auch dieſes nothwendig zu Grunde gehen. Auf das Genaueſte hängen hier alſo das Servituten-Recht und das Nachbar-Recht mit einander zuſammen, und man würde dem Berechtigten gradezu einen Theil ſeines Rechts rauben, wollte man ihn hier auf das bloße Nachbar-Recht hinweiſen. Will er ſeine perſönliche Sicherheit und die Exiſtenz ſeines Hauſes nicht der Indolenz oder Chicane ſeines Nachbars preisgegeben ſehen, ſo muß er entweder ſich ſelbſt eine Mauer ſchaffen, oder auf des Nachbars Grund und Boden einen vielleicht koſtſpieligen Bau vornehmen. Die missio in bona aber gewährt ihm ſchon um deswillen keinen hinreichenden Schutz, da ja der Einſturz der nachbarlichen Mauer ſtets und unmittelbar auch den Ruin ſeines eigenen Gebäudes herbeiführen muß.

Das Mittel nun, wodurch die römiſche Rechts-Praxis dieſem Servituten-Rechte die ihm fehlende Sicherheit zu verſchaffen ſuchte, war eben ſo nahe liegend, als angemeſſen. Man nahm nämlich das Nachbar-Recht, ſeinen weſentlichen Wirkungen nach, und ohne den Umweg der Miſſionen, gleich mit in das Servituten-Recht auf, indem man die übliche Begründungs-Formel dieſer Servitut (paries oneri ferundo, uti nunc est ita sit) ſo auslegte, als ob der dienende Grundſtücks-Beſitzer dadurch die Verpflichtung auf ſich genommen, die Sache in gutem Stande zu erhalten [29]). Darin

29) Paulus ſagt alſo keinesweges: weil die Reparaturpflichtigkeit hier durch Vertrag übernommen ſey, ſo müſſe dies Verſprechen erfüllt werden; ſondern er ſagt nur: weil die servitus oneris ferendi auf gehörige Weiſe, nämlich durch den Gebrauch der üblichen Formel errichtet ſey, ſo müſſe der leidende Grundſtücks-Beſitzer nun auch dafür ſorgen, daß die Mauer ſtets im guten Stande erhalten werde. Auch

nun, daß aus einer Vertrags-Formel auch gegen einen dritten Beſitzer geklagt werden könne, liegt nichts Beſonderes, da ja überhaupt die Begründungs-Formel den Umfang des Servituten-Rechts beſtimmt (ſ. oben Note 10.). Das Beſondere beſtand alſo hier nur darin, daß 1) mit einer in rem actio eine poſitive Forderung geleiſtet werden konnte, ſodann 2) daß ſchon bei Errichtung der Servitut ſelbſt die Art und Weiſe der künftig vorzunehmenden Reparatur feſtgeſetzt werden konnte, und dann natürlich die Servituten-Klage auch hierauf zugleich mitgieng [30]; — denn ohne dieſe Ausdehnung wäre freilich das, was durch dieſe Verſchmelzung des Nachbar-Rechts mit dem Servituten-Recht bezweckt wurde, dennoch immer nicht vollſtändig erreicht. — Allein daß dieſe Anomalie nicht weiter gehe, als der Zweck gebot, daß die eigenthümliche Natur des Servituten-Rechts durch die formale Beimiſchung nicht zerſtört werde, dagegen auch das Nachbar-Recht durch dieſe Verbindung ſeine obligatoriſche Natur nicht verliere, — dafür ſorgte die Doctrin mit gewohnter Umſicht und Beſtimmtheit. Alſo, ſo weit es nöthig war, machte der Servituten-Berechtigte auch das wegen drohenden Einſturzes und ſonſtiger Beeinträchtigungen dem Nachbar, als ſolchen, zuſtehende Recht, mit der Servituten-Klage geltend; nie aber verlor man dabei die urſprüngliche

---

enthalten die Schlußworte der Stelle („Quemadmodum — — — dari debeat") nicht etwa eine Vergleichung mit einem ganz andern Falle, wie man ſie gewöhnlich verſteht. Der Juriſt will vielmehr nur ſagen: die Verbindlichkeit, zu repariren, ſey durch den Gebrauch der obigen Formel ſo vollſtändig begründet, als wenn der Verpflichtete ſich buchſtäblich anheiſchig gemacht hätte, an die Stelle der zerſtörten Mauer eine andere wieder aufführen zu wollen.

30) L. 6. §. 5. D. *si servitus vindicetur*: „Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur, forte ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est."

Natur des in die Servituten-Klage aufgenommenen Rechts aus den Augen. Was dieſes Recht im Weſentlichen dem Nachbar gewährt, ſoll er auch durch die Servituten-Klage erreichen können, ſo jedoch, daß er die Grenzen, woran es gebunden iſt, nicht überſchreiten darf, — daß zwar der obligatoriſche Rechtsſtoff unter dem Einfluſſe des Servituten-Rechts ſeinen eigentlichen Charakter nicht verliert, — daß endlich an dem Grundſatze mit Conſequenz feſtgehalten wird: ein Servitut kann nie auf eine Verpflichtung zum Handeln gehen. — Dies alles wird man durch das Folgende beſtätigt finden.

1) Was der Kläger durch die Klage erhalten kann, ſagt uns Paulus in der L. 7. D. *si servitus vindicetur*: der Verklagte muß entweder die Wand in gehörigen Stand ſetzen, oder er muß caviren, daß er bauen wolle, auch weder er, noch ſein Nachfolger dem Berechtigten wehren würden, die dienende Mauer zu belaſten [31]). Wenn ſo wenig das eine als das andere geſchieht, ſo fodert der Kläger Schadenserſatz, deſſen Größe durch ſeinen Würdigungs-Eid beſtimmt werden kann. Hiermit ſtimmt im Weſentlichen überein, was über das Recht des Nachbarn geſagt wird, wenn der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes ſeine Pflicht nicht erfüllt, oder dem Kläger nicht zum Beſitze des baufälligen Grundſtücks, oder in dem Beſitze deſſelben laſſen will [32]).

---

31) Daß dieſe Beſtimmung zunächſt auf die oneris ferendi servitus gehe, ergiebt ſich ſehr deutlich aus den Worten: „ut eam jubeat de reficiendo pariete cavere“; die folgenden Worte: „neque se neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere“ ſind in dem Texte erklärt. (Vgl. Voet Commentarius ad Pandectas, Lib. VIII. Tit. II. S. 6.) — Cujacii Commentarius in Lib. XXI. Pauli ad Edictum ad h. l.

32) L. 4. S. 7. L. 15. S. 36. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2.). — Daß auch der Richter in einem ſolchen Falle zum jusjurandum in litem gelaſſen wurde, wird zwar nicht ausdrücklich geſagt, verſteht ſich aber nach allgemeinen Grundſätzen

2) Der zur servitus oneris ferendi Berechtigte kann ſich der novi operis nunciatio bedienen, wenn der Nachbar die Reparatur auf eine Art ausgeführt hat, daß daraus für das Servituten-Recht ein Nachtheil zu beſorgen iſt [33]). Sonſt findet das Recht novum opus zu nunciiren aber nur zum Schutze der negativen Servituten, nicht auch der affirmativen — zu welcher Gattung natürlich die servitus oneris ferendi gehört — Statt [34]); alſo auch hierbei iſt wieder das Nachbar-Recht, ſeinem ganzen Umfange nach, dem Servituten-Berechtigten zugeſtanden.

3) Servituten-Klagen werden bei mehreren Grundeigenthümern activ und paſſiv in solidum gegeben [35]), wogegen die Klage wegen damnum infectum nur pro rata wider die einzelnen Grundbeſitzer geht [36]). Auch dieſe Eigenthüm-

---

von ſelbſt. L. 1. L. 3. §. 1. L. 2. pr. D. *de in litem jurando* (XII. 3.). L. 15. §. 9. D. *quod vi aut clam* (XLIII. 24.). S. auch die Gloſſe zu L. 4. §. 7. D. *de de damno infecto.*

33) L. 6. §. 7. D. *si servitus vindicetur*: „Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet, deteriorem si faciat, aut per hanc actionem, aut per operis novi nunciationem prohibetur.“

34) Dies iſt wohl die richtigere Meinung, welche ſich hauptſächlich auf L. in f., L. 2. u. L. 14. D. de operis novi nuntiatione (XXXIX. 1.) ſtützt. Vgl. Cujacius Comm. in Lib. XXI. Pauli ad Edict. ad L. 9. D. *si servitus vindicetur.* Wiederhold das Interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio. (Hanau 1831.) S. 87 fgg. — Uebrigens bemerkt ſchon Jo. D'avezan (Servitutum liber Pars III. Cap. XVII. im Meermann'ſchen Thesaurus Tom. IV. pag. 159.) dieſen Unterſchied zwiſchen servitus oneris ferendi und andern Servituten, ohne indeſſen hiervon irgend einen Gebrauch zu machen.

35) L. 4. §. 3. u. 4. D. *si servitus vindicetur.*

36) L. 27. L. 40. §. 3. D. *de damno infecto.* — Daß auf Cautio damni infecti jeder Einzelne von mehrern Grundbeſitzern antragen durfte und die ihm geleiſtete Stipulation

lichkeit des Nachbar-Rechts iſt hier beibehalten. Ausdrücklich ſagt Ulpian in der L. 6. §. 4. D. *si servitus vindicetur*: „singulos dominos in solidum agere, sicut in ceteris servitutibus. Sed non idem respondendum, *si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.*“ Hätte man hier die Klage als eine ſolidariſche gegen die einzelnen Grundbeſitzer zugelaſſen, weil es ja eine Servituten-Klage ſey, ſo hätte man allerdings dem Servituten-Rechte zu vielen Einfluß auf das blos obligatoriſche Nachbar-Recht geſtattet, — man würde ſagen können: die Servituten-Klage, als ſolche, geht auf eine obligatio ad faciendum, und dies wäre denn freilich eine ſehr ſtarke Anomalie. Allein dahin ließen die Römer es nicht kommen; auch unter der fremden Form wußten ſie dem obligatoriſchen Recht ſeine Eigenthümlichkeit zu bewahren.

4) Aber auch in anderer Art wurde dafür geſorgt, daß die servitus oneris ferendi nicht eigentlich ausarte, — daß von ihr nicht geſagt werden könne: ſie mache eine Ausnahme von der Regel, nach welcher eine Servitut nicht auf eine Verpflichtung zum Handeln gehen könne. Immer hat es der dienende Grundbeſitzer nur mit ſeiner eigenen Sache, nicht mit der des Nachbars zu thun; dieſer mag ſelbſt ſehen, wie er

---

ſeinen Miteigenthümern zu Gute komme, läßt ſich nach der, freilich dunkeln Stelle von Paulus L. 27. in f. D. *de damno infecto* wohl annehmen; nur die Klage aus der Caution ſtand jedem blos für ſeinen Antheil zu (L. 40. §. 2. D. *de damno infecto*), was ja übrigens auch auf ähnliche Art für mehrere Servituten-Berechtigte galt. L. 4. §. 3. in f. D. *si servitus vindicetur*. Vgl. Stever a. a. O. pag. 137 fgg. Geſetzt aber, es hätte ſich hierin ebenfalls ein Unterſchied zwiſchen dem Servituten-Recht und dem Nachbar-Recht gefunden, ſo hatte es doch auf die Natur des Verhältniſſes keinen weſentlichen Einfluß, wenn man die Servituten-Klage auch ſoweit ſie auf Geltendmachung des Nachbar-Rechts gerichtet war, activ in solidum gab.

ſie während der Reparatur ſtütze oder ſonſt ſichere [37]). Verlangt der Servituten-Berechtigte in dieſer Hinſicht etwas von dem Nachbar, ſo kann dieſer ihn, wegen unerlaubter Anmaßungen, in Anſpruch nehmen, ſo gut, als wenn in Beziehung auf andere Servituten-Rechte ein poſitives Handeln gefordert werden würde [38]). Ja ein unbedingter und directer Zwang findet auch nicht einmal auf Vornahme der Reparatur Statt; denn es bleibt zuletzt dem Herrn der dienenden Sache freigeſtellt, die Sache ganz aufzugeben, und ſich dadurch von allen Anſprüchen zu befreien [39]).

Allerdings hat die servitus oneris ferendi alſo etwas anomaliſches, und die Streitigkeiten der römiſchen Juriſten hierüber erklären ſich eben ſowohl, als die Anſpielung Ulpians bei Erwähnung der servitus tigni immittendi [40]). Der weſentliche Charakter des Servituten-Rechts aber wird von dieſer Anomalie überall nicht berührt, und mit allem Rechte konnte daher Labeo ſagen: auch dieſe Servitut gehe nicht auf eine Verpflichtung zum Handeln: „hanc servitutem non hominem debere, sed rem“ [41]).

---

37) L. 8. pr. D. *si servitus vindicetur*: „Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat et restituat, cum paries fuerit restitutus.“

38) L. 8. pr. in f. eod. „Et hic quoque, sicut in ceteris servitutibus, actio contraria dabitur: jus tibi non esse me cogere.“

39) L. 6. §. 2. in f. D. *si servitus vindicetur* — — „denique licere domino rem derelinguere.“ — Ein ähnliches Recht galt ebenfalls auch in Beziehung auf die allgemeine nachbarliche Verpflichtung wegen baufälliger Gebäude. L. 7. in f. L. 8. D. *de damno infecto.*

40) L. 8. §. 2. in f. D. *si servitus vindicetur.*

41) L. 6. §. 2. in f. D. *si servitus vindicetur.* Vgl. auch L. 6. §. 3. eod.

Ueberhaupt aber zeigen alle Aeußerungen der römiſchen Juriſten über dieſen Gegenſtand deutlich, daß ſie ſich mit voller Klarheit der eigentlichen Elemente des beſondern Rechts der servitus oneris ferendi bewußt waren, und auch bei der Anwendung derſelben mit vollkommener Freiheit verfuhren, nicht aber hierbei blos durch ein dunkles und unſicheres Rechtsgefühl geleitet wurden, wie Stever meint. Die Sucht dieſes ſonſt talentvollen Schriftſtellers, alles allein und alles beſſer wiſſen zu wollen, gieng ſo weit, daß er ſeinen Tadel faſt ohne Ausnahme auch über römiſche Juriſten ergießt, deren Stellen er behandelt. Hier mußte ihn ſchon die Conſequenz und Sicherheit der Argumentation in den betreffenden Stellen vom Gegentheil überzeugen, wie denn überhaupt eine ruhigere und beſondere Prüfung der Sache ihn wohl noch zu einem beſtimmteren und in ſich mehr zuſammenhängenden Reſultate geführt haben würde, als das jetzt gegebene iſt, dem man es bald anſieht, daß der Verfaſſer mit ſeiner Unterſuchung keineswegs völlig auf dem Reinen war.

XV.

Ueber das Verhältniß des Pfandrechts, welches bei einem früheren Eigenthümer erworben wurde, zu den bei ſpäteren Eigenthümern an derſelben Sache erworbenen privilegirten Pfandrechten.

Von C. G. Wächter.

I.

Wiewohl die in der Ueberſchrift angegebene Frage in neueren Zeiten vielfach erörtert wurde: ſo wird es doch kaum ei-